



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO  
FACULTAD DE ECONOMÍA Y CIENCIAS EMPRESARIALES

**TÍTULO:**

**COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS Y LA IMPORTANCIA DE LA  
COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

Trabajo de Titulación que se presenta como requisito previo a optar al grado de  
Economista en Relaciones Económicas Internacionales

**NOMBRE DEL ESTUDIANTE:**

Daniela Margarita García Garcés

**NOMBRE DEL TUTOR:**

MBA. Mauricio Ramírez

**SAMBORONDÓN, FEBRERO 2014**

# **Colusión en compras públicas y la importancia de la cooperación internacional**

**Daniela García Garcés**

## **Resumen**

En los diez últimos años, algunos países Latinoamericanos han experimentado casos de prácticas anticompetitivas, donde la colusión en compras públicas, es una de las más recurrentes en nuestra región. La expansión del mercado regional sin los controles adecuados, así como diversas fallas institucionales, facilitan la concentración del poder de las grandes empresas en el sector privado. Se analizan cinco casos que trascendieron en la región, como Oxígeno Líquido en diferentes países latinoamericanos, en donde empresas multinacionales suministradoras a hospitales públicos incurrieron en prácticas colusorias en licitaciones de gobierno. A través de este estudio, se identifican los principales factores que favorecieron las prácticas colusorias, así como las medidas correctivas implantadas por esos países y que los llevaron a considerar a la cooperación internacional como una estrategia regional, frente a un mal que se está apoderando de los mercados. Uno de los obstáculos para la implementación es la asimetría en los procedimientos de competencia económica en los países promotores del intercambio.

**Palabras clave:** Colusión, compras públicas, derecho de la competencia, cooperación internacional, concurrencia.

## **Abstract**

For the last ten years, several Latin American countries have presented different types of anticompetitive practices being the bid rigging one of the most popular in our region.

Due to growing conditions of regional markets, without adequate governmental controls and institutional loopholes, facilitate the corporation's concentration in the markets. Five Liquid Oxygen case studies had being analyzed in different Latin American countries where multinational companies supplying this product to public hospitals incurred in collusion in public procurement.

Through this study we identified main factors that convey in collusion practices and the measures implemented by these countries. Those experiences have led them to consider international cooperation as a strategic action for fighting the regional market threats.

***Keywords:*** Collusion, government procurement, competition law, markets, Bid rigging.

## **I. Introducción**

En Octubre del 2011, entró en vigencia en nuestro país la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2011), con la cual el gobierno ecuatoriano busca prevenir todas aquellas prácticas que vayan en contra de la competitividad dentro del mercado ecuatoriano. Las leyes de competencia o leyes “antimonopolios” constituyen una práctica consolidada en países desarrollados como Estados Unidos, Canadá y en algunos países de Europa. Sin embargo, en Latinoamérica se han identificado prácticas recurrentes que tienden a distorsionar el mercado local. Un claro ejemplo de esta situación son los diferentes casos de manipulación en licitaciones, donde proveedores multinacionales incurrieron, a través de sus agencias nacionales, en prácticas colusorias en los concursos organizados por los gobiernos de varios países de la región.

Más allá de los comportamientos anticompetitivos de estas empresas a nivel regional, se descubrió un nuevo elemento que se suma a esta ecuación, donde estas empresas observan detenidamente los progresos y capacidades de los gobiernos en la lucha anti-cartel en cada país y ajustan su conducta para pasar desapercibidos ante las autoridades locales.

En este estudio se analizarán cinco casos de colusión en licitaciones de Oxígeno Líquido para hospitales públicos ocurridos en la región permitiéndonos así construir un propio aprendizaje de las posibles dificultades a enfrentar cuando se investigan colusiones de mercado en el sector de compras públicas. Existe una clara necesidad en impulsar la cooperación conjunta de las autoridades de los

países en vías de desarrollo para poder prevenir posibles manipulaciones corporativas del mercado interno.

## **II. Marco Teórico**

La contratación pública juega un papel importante en el desarrollo económico de cada país debido a la importante porción del PIB nacional que este proceso representa. Según una publicación de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico acerca del tamaño de adquisición de los gobiernos (OECD, 2007), se calcula que tanto en Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica y Perú, el gasto público por adquisiciones representa entre el 5% y el 15% del Producto Interno Bruto de dichos países.

A los datos anteriores se le suman las cifras que demuestran cómo en una posible alteración en operaciones de licitación pública puede generar un sobreprecio estimado de entre el 10 y 20% comparado al precio de un mercado competitivo. En países como Japón por ejemplo, se descubre que los precios entre 18 licitaciones disminuyeron en aproximadamente 20% después de haber sido evaluados en otro proceso de adjudicación. Así mismo, en Sudáfrica después de una intervención por parte de los organismos de competencia, los precios de ciertas licitaciones de productos médicos bajaron hasta en un 27% (OECD Competition Division, 2011).

La presencia de este fenómeno colusorio es más perjudicial en países en vías de desarrollo, en donde pequeñas alteraciones de las adquisiciones públicas generan grandes variaciones en el mercado. En Latinoamérica, por ejemplo, un informe reciente del Secretario sobre las reglas y prácticas de compras públicas

en México (OECD, 2011) explica cómo la presencia de un acuerdo colusorio puede en promedio aumentar los precios como mínimo en 30%, comparado con un parámetro de referencia competitivo sin ninguna colusión.

Se podría decir entonces que el carácter distintivo de la contratación pública y su contexto hacen que este proceso sea particularmente vulnerable en cualquier mercado a nivel mundial. La importancia de que las licitaciones no se vean alteradas por ningún otro factor que no sea natural de mercado, es debido a la relación directa que existe entre éste y el dinero de los contribuyentes, quienes son los que al fin y al cabo terminan pagando cualquier variación de precio por licitaciones fraudulentas. Es por esta razón que en los últimos años tanto las autoridades de contratación pública como de competencia han unido esfuerzos para emprender una constante lucha que pueda detectar a tiempo las infracciones que alteren las condiciones normales de mercado.

Muchos son los factores que contribuyen a que, tanto de lado del contratista como del empresarial, pueden existir ciertas manipulaciones enfocadas a tomar ventaja de la vulnerabilidad del proceso de compras públicas. Sin embargo, las más comunes e investigadas por las autoridades son la corrupción y colusión de mercado que a pesar de ser problemas distintos, ocurren en la mayor parte de los casos debido al carácter reforzador que cada una brinda a la otra (OECD, 2010).

En este documento se evaluará de forma específica las infracciones en forma de colusión por parte de los ofertantes debido a su reciente aparición y desarrollo en el poco estructurado proceso del mercado Latinoamericano. Como veremos más adelante, casos recientes de colusión en compras públicas en

Argentina, Chile, Panamá y otros países latinoamericanos han demostrado cómo las empresas asociadas pueden ser recurrentes en prácticas colusorias de mercado cuando las autoridades de competencia no coordinan entre sí para combatir este tipo de conductas anticompetitivas en diferentes países de la región.

## **II.I Colusión en compras públicas en teoría**

Para poder abarcar de forma directa a los problemas de colusión en compras públicas que surgieron en Latinoamérica en los 10 últimos años, es preciso revisar primero las definiciones de nuestro objeto de estudio en la teoría para luego establecer relación con los hechos actuales de esta naturaleza que invade a nuestro mercado regional.

Como sabemos, la licitación en compras es un proceso abierto tanto en instituciones públicas como las privadas, utilizado para conseguir los mejores productos al mejor precio. En un proceso claro y transparente, la meta es siempre tiempos y recursos que implica a su vez un ahorro en el dinero presupuestado para la compra y evidenciaría además una eficiencia por parte del sistema de abastecimiento. Una de las condiciones para alcanzar esta meta es la existencia de una verdadera competencia honesta entre las empresas participantes en proceso de compras públicas. Sin embargo este sistema no siempre fluye de acuerdo a su diseño, y podrían llegar a existir ciertas alteraciones de ofertas por parte de los propios participantes de cualquier licitación.

La OECD en sus lineamientos para combatir la colusión en compras públicas (OECD, 2009) establece que, la manipulación de licitaciones (o la colusión entre oferentes en licitaciones) se presenta cuando las compañías, que se esperaba que compitieran entre sí, conspiran secretamente para aumentar los

precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación. Además existen diversas formas de colusión que en muchos casos pasan desapercibidas por las autoridades según carácter tácito o explícito de las mismas. El verdadero reto consiste en identificar los principales indicadores que nos pueden llevar a establecer los vínculos existentes en las empresas licitantes.

## **II.II Formas de colusión en compras públicas**

En un convenio ilícito entre oferentes, podrían existir una o más estrategias utilizadas por las partes para el éxito de una operación restrictiva. Como veremos a continuación, el hecho que se implanten una de estas técnicas no significa que los beneficios van a ser exclusivos de una empresa o excluyente de otras. Las autoridades de competencia han identificado varias estrategias y las han dividido de acuerdo al tipo de práctica realizada por sus participantes. Tenemos así pues a las ofertas encubiertas, de rotación, suprimidas, y de asignación de mercado (OECD, 2011).

En el primer caso, ocurre cuando las empresas coluden para presentar ofertas donde el competidor acuerda ofertar una propuesta de mayor valor que la del que se designa como ganador de la licitación; o el competidor presenta una oferta con un precio que se conoce que es muy alto para ser aceptado; o el competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se conoce no serán aceptados por el licitador (OECD, 2011). Lo interesante de este tipo de oferta encubierta es que está diseñada por sus ofertantes para simular una genuina competencia. De la misma forma, en el segundo caso de rotación de ofertas, las



empresas participantes continúan ofertando, pero acuerdan tomar turnos de quien sea en ganador de la licitación o de quien oferta al mejor precio.

En el caso de ofertas suprimidas, no existe tal simulación de competencia sino una presunta incapacidad de las empresas para realizar ofertas ante un concurso. La supresión de oferta se da cuando existen acuerdos entre competidores en donde una o más empresas concretan en abstenerse en presentar una oferta o de retirar una oferta previamente presentada para que el ganador designado sea aceptado en el proceso (OECD, 2011). En términos generales, la supresión de la oferta significa que una compañía no presenta una oferta final a ser considerada por las autoridades que tomarán una decisión del posible ganador de la licitación en cuestión.

En la asignación de mercado, los competidores fijan el mercado y coluden en no competir con ciertos clientes o en ciertas zonas geográficas. Las empresas competidoras, pueden, por ejemplo, asignar clientes específicos o tipos de clientes a diferentes firmas, para que los otros competidores no puedan ofertar (o solo presentar una oferta cubierta) en contratos ofrecidos por una cliente potencial específico que estaría asignando a una empresa específica. En compensación este competidor no ofertará en un grupo designado de clientes de presentarse algún concurso (OECD, 2011).

Si bien la colusión en licitaciones públicas puede darse con cualquiera de estas técnicas empleadas por los competidores, no se puede negar que existen ciertas otras situaciones de mercado que facilitan su desarrollo. Así mismo, se puede asignar difícilmente a la colusión en licitaciones públicas a un solo tipo de sector económico. Esta puede ocurrir en cualquier tipo de industria y hay algunos

sectores en donde hay más riesgos de desarrollo debido a sus características particulares o del producto que se trate. Lo cierto es que, aunque varias industrias o características de productos ayuden a la formación de colusión, todas estas deben estar presentes para crear una licitación fraudulenta.

Así pues encontramos que tanto un número reducido de competidores, la pequeña o nula entrada de los mismos, la estructura del mercado, repetidas licitaciones, la simetría de las empresas o de los productos, pocos sustitutos del producto, son algunas de las características propias de nuestro mercado regional que ayudan a la creación de esta práctica anticompetitiva (Comisión para la Defensa de la Competencia, 2012).

Un ejemplo donde ocurrieron tres de las circunstancias facilitadoras de la colusión fue en Chile, donde en mayo de 2008, La Fiscalía Nacional Económica comenzó una investigación por una colusión de precios entre tres grandes cadenas farmacéuticas chilenas, Farmacias Ahumada (FASA), Cruz Verde y Salcobrand. Se descubre en el proceso que existían alzas concertadas en los precios de 222 medicamentos de enfermedades crónicas. Se determina así mismo que esta práctica se vio favorecida debido a que no había diferencia en el tipo de producto ofertado, el mercado era estable, y las empresas eran asimétricas por lo que difícilmente se podía detectar los pactos entre ellas. Finalmente, en marzo de 2009, FASA debió reconocer los hechos que se le imputaban, por lo que recibió una multa cercana al millón de dólares (Long, 2009).

### **II.III Ley de Competencia**

Como vimos en el punto anterior, la colusión en compras públicas es considerada una de las prácticas más perjudiciales de mercado. Generalmente

cada uno de los países del estudio poseen sus propias leyes de contratación pública como en el caso de Ecuador, que entre uno de sus principios se encuentra “(...) el trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional” (Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008). Aquí se manifiesta la importancia de contar con un proceso donde exista transparencia y competencia de mercado. Como establece la CNC de España en su guía sobre contratación pública y Competencia (Comisión Nacional de la Competencia de España, 2011), la competencia entre los licitadores es la manera de asegurar que las entidades del sector público y la sociedad se beneficien de las mejores ofertas en términos de precio, calidad e innovación de los bienes o servicios que se planifican contratar.

#### **III.IV Prácticas Anticompetitivas y la colusión de mercado**

Según la Organización Económica para la Cooperación y desarrollo una práctica anticompetitiva o restrictiva se refiere:

(..)A las prácticas de negocios en la que una empresa o grupo de empresas se unen con el fin de restringir o eliminar su competencia directa para mantener o aumentar sus ganancias y/o posición de mercado sin tener que ofrecer necesariamente bienes y servicios a un precio más bajo o de mejor calidad (OECD, 2002).

Si bien esta premisa establece las primeras señales a tomar en cuenta para poder determinar si existe o no una práctica desleal de mercado, esto podría fácilmente confundirse con la también conocida base de la competencia, que es poder tomar ventajas de los competidores para destacar en el mercado. Aún cuando la línea entre estos dos conceptos es muy delgada, existen ciertos criterios

internacionales para determinar cuáles son las prácticas de negocios consideradas como anticompetitivas.

Es así como llegamos a dos grupos en los tipos de prácticas restrictivas o acuerdos anticompetitivos: horizontales y verticales. En el primer grupo se incluyen carteles, colusión de mercado, fusiones de empresas, precio predatorio, discriminación de precios y acuerdo de fijación de precios. El segundo grupo incluye prácticas como acuerdos exclusivos, restricciones geográficas de mercado, negativa a comercializar/vender, mantenimiento del precio de y ventas condicionadas.

En si la diferencia entre estos dos grupos se basa en que los acuerdos horizontales operan en el mismo nivel de mercado en comparación a los acuerdos verticales que son establecidos entre empresas que tiene una relación de abastecimiento (Elhauge & Geradin, 2007). Por ejemplo una empresa de computadoras que tenga una gran participación de mercado y se fusiona con otra del mismo tipo (venta al por menor de computadores) estaría incurriendo en una posible práctica restrictiva horizontal, debido a que se trataría de un acuerdo entre empresas en el mismo nivel comercial, para obtener una mayor participación de mercado. Lo mismo no ocurriría si es que existiese algún tipo de acuerdo restrictivo entre una fábrica de materias primas y su distribuidor principal (diferentes niveles en la cadena de producción).

Es importante además señalar que no es necesario comprobar la existencia de un acuerdo formal (contrato verbal o escrito) para establecer una violación legal, sólo se requiere que dos o más personas actúen colusoriamente para obtener un beneficio (acuerdos tácitos). A veces no existen documentos comprobando un

acuerdo por lo que en determinados casos las autoridades pueden deducir que existe una violación de la ley, a través de otra conducta o práctica, como por ejemplo juntas ejecutivas regulares que resultan en la fijación de precios (Elhaug & Geradin, 2007).

Como se ha mencionado, la forma en que estas prácticas pueden ser juzgadas o no como anticompetitivas, depende de la jurisdicción en donde se encuentren. En este punto es importante resaltar la diferencia entre dos grandes jurisdicciones que han inspirado a la legislación en América Latina y de otros países a nivel mundial: la Ley Antimonopolio de Estados Unidos (Antitrust Law) y la Ley de Competencia de la Comunidad Europea. Cada uno presenta diferentes enfoques para determinar conductas anticompetitivas de mercado.

En el caso de Estados Unidos, tanto la Ley de Sherman, la Ley de Clayton y la Ley de la Comisión Federal de Comercio constituyen las bases de las regulaciones antimonopolio en este país. De manera un poco más específica, la Ley de Sherman prohíbe ampliamente “(...) todos los contratos, combinaciones, o conspiraciones que de forma no razonable, restrinjan el desarrollo del comercio interestatal y que a su vez puedan afectar la competencia natural de los mercado (...)” (US Department of Justice, Antitrust Division, 2014). Es así cómo las cortes a través de los años han establecido dos categorías distintas para las prácticas que afectan el mercado: Las que *per se* (por sí misma) violan la ley o la regla de razonabilidad que analiza si la práctica tiene efectos anticompetitivos (Washington State Office of the Attorney General, 2011). Incluidas en la categoría *per se* encontramos a la fijación de precios, los acuerdos para un boicot, y la manipulación fraudulenta de licitaciones o *bid rigging*.

Por otro lado y bajo el Artículo 101 del TFEU (Europa Portal, 2011), tenemos el enfoque de la Unión Europea que prohíbe carteles y otros acuerdos que puedan irrumpir en la competencia del mercado:

Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (...)

El artículo 101 prohíbe no solamente la figura de carteles o acuerdos entre firmas, sino específicamente el efecto de la práctica en un mercado específico. El problema en este punto es que, algunos acuerdos que restringen la competencia pueden tener al mismo tiempo ganancias en cuanto a eficiencia las cuales aligeran el efecto negativo que dicha práctica pudiera tener en la competencia. Por esta razón el mismo artículo 101 establece ciertas excepciones en las que se podría considerar conglomerados de empresas con fines positivos.

A pesar de las diferencias que tengan en forma, tanto las leyes de los Estados Unidos como las de la Unión Europea comparten el criterio de severidad en contra de los carteles que tiene un gran efecto en el mercado. A nivel internacional, la mayoría de países tratan de hacer la misma distinción entre las reglas “*per se*” (como la fijación de precios) y las que necesitan justificaciones y evaluación de efecto. Generalmente la variación más común es el tipo de investigación que se requiere en cada país para determinar el efecto de mercado (Okatani, 1995). De aquí que podemos clasificar a las prácticas colusorias según su efecto restrictivo en tres grandes tipos que son: la fijación de precios, fijación de cantidades, y asignación de mercado.

Los acuerdos de fijación de precios toman forma entre competidores cuando, ya sea de forma explícita o implícita, definen conjuntamente los precios a los cuales van a vender sus productos en el mercado. Estos arreglos pueden ser de forma uniforme entre competidores o bajo la determinación de un mínimo o un máximo de precio que estas empresas deben respetar al momento de comprar o vender bienes o servicios (Elhauge & Geradin, 2007).

Para cualquier acuerdo de fijación de precios, se necesita generalmente a la par un acuerdo de fijación de cantidades a ser distribuidas. De no ser así, los miembros del cartel podrían incrementar producción para ganar una mayor participación de mercado con el precio del cartel formado y/o si se queda con algunos rezagos de producto, podría sentirse tentado a bajar el precio acordado para vender los productos que quedaron.

La colusión en compras públicas es un claro ejemplo de fijación de precios y cantidades combinado muchas veces con una asignación de mercado. Por su doble intención de afectar las fluctuaciones normales de la economía, se considera a la colusión de compras públicas como uno de los principales enemigos del libre mercado y una de las prácticas de mayor amenaza para países en vías desarrollo. De aquí el porqué que varias jurisdicciones condenan severamente la práctica considerada como *per se* de afectación de mercado.

En América Latina la mayoría de las jurisdicciones basan su régimen de competencia según las normas internacionales de competencia establecidas por la OECD, Naciones Unidas y demás Instituciones expertas en el tema. Todas ellas imponen una fuerte restricción a las prácticas anticompetitivas y a sus derivados.

En Ecuador por ejemplo, según el artículo 11 de la Ley de Control de Poder de Mercado, quedan prohibidas toda las prácticas concertadas, en particular la manipulación de precios, repartición de clientes, disuasión a un competidor a determinadas conductas, entre otras que nos harían llevar a una sanción ante una posible colusión en licitaciones públicas. Así como las leyes de Estados Unidos y Europa, existen ciertas excepciones a estas reglas siempre y cuando se compruebe que contribuyen a un fin específico a favor de la producción nacional. (Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2011)

### **III. Análisis de los casos**

A través de esta revisión hemos visto las diferentes formas en las que puede ocurrir una colusión de las licitaciones públicas. Así mismo se evidencia la importancia del desarrollo de leyes de competencia que permitan prevenir manipulaciones en ciertos sectores económicos. Lamentablemente esta no es la realidad que existe en mucho de nuestros países hermanos en donde la falta de competidores, estructuras de mercado, y demás barreras de entrada llevaron a la colusión en licitaciones públicas de Oxígeno Líquido en varios países de la región.

A continuación se mencionan brevemente los puntos más relevantes de estos casos en su respectivo país:

#### **III.I Casos juzgados por autoridades de competencia**

**Panamá (2008):** La Comisión de Libre Competencia y Asuntos del consumidor (CLICAC) hoy en día ACODECO<sup>1</sup>, determinó que las empresas ACETI-OXIGENO S.A. y DISTRIBUIDORA DE GASES INDUSTRIALES S.A. fueron empresas competidoras en el mercado de oxígeno médico y como

---

<sup>1</sup> Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia de Panamá



tales debían cotizar precios en forma independiente y separada en una licitación de la Caja de Seguro Social para el suministro de oxígeno médico que consumieron los hospitales y policlínicas de la institución. Se determina la colusión existente entre dichas empresas a través un modelo económico basado en la teoría de juegos y correlación estadística entre las conductas de las empresas involucradas. (Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial, 2008)

**Chile (2007):** la Fiscalía Nacional Económica (FNE) inició una investigación contra cuatro suministradores de oxígeno líquido (AIR LIQUID CHILE S.A., INDURA S.A., AGA S.A. Y PRAXAIR CHILE LTDA) por presunta repartición de mercado en licitaciones públicas. Empresas denunciadas son las únicas que desarrollan en Chile la actividad de producción, distribución y comercialización de oxígeno líquido y gaseoso, fundamentalmente para uso medicinal e industrial. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia condena a las cuatro empresas por conductas restrictivas de mercado en el proceso de licitación pública para la provisión de oxígeno líquido a los hospitales en el año 2004. (Caso Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros, 2006)

### **III.II Casos a la espera de confirmación judicial**

**Argentina (2005):** Hospitales públicos reciben ofertas de un solo participante que en otros procesos siempre licitaba ofertas con precios más bajos que los de su competencia. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) descubre a través de allanamientos a las cuatro empresas investigadas documentos que probarían el reparto de clientes y fijación de precios. La CNDC

multó a las subsidiarias argentinas de PRAXAIR, AIR LIQUIDE, AGA E INDURA por un total de USD 24,3 millones en julio de 2005.<sup>2</sup> (Defensoría del pueblo contra Praxair, Air Liquide y otros, 2005)

**Brasil (2010):** Fijación de precios, reparto de clientes y colusión en licitaciones públicas fueron una de las acusaciones realizadas por el CADE hacia AIR LIQUIDE, AIR PRODUCTS, IBG, LINDE y White Martins (PRAXAIR). Es la misma institución que multa a dichas empresas por un valor superior a \$1,4 mil millones de dólares por los cargos expuestos. (OECD, 2010)

**Perú (2010):** El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), multó las subsidiarias peruanas PRAXAIR, AGA y MESSER por haberse repartido en mercado de licitación pública de oxígeno líquido entre 1999 y 2004 (INDECOPI, 2013).

#### **IV. Resultados**

##### **IV.I Fallas institucionales**

La primera de las constantes evaluadas en los países analizados es la falta de organismos especializados para aplicación de los múltiples estudios en los que se requiere de expertos en temas económicos más allá de las propias autoridades de competencia que realicen la labor de análisis. En este punto cabe destacar la experiencia del caso chileno donde fallas en la determinación del mercado relevante permitió dejar sin condena a cuatro suministradores de oxígeno líquido.

El problema surge ante una incongruencia entre la decisión dada por el FNE y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El primero determina que según análisis del producto, el oxígeno líquido que abarca el caso se trataba de un

---

<sup>2</sup> El caso todavía está bajo revisión del Poder Judicial en la Argentina. Hay posibilidades de que la resolución administrativa por la CNDC se cambie.

producto absolutamente homogéneo, en territorio nacional por la red de establecimientos del Sistema de Salud Público. Se llega a la conclusión que la participación de las empresas en el mercado relevante era de aproximadamente de \$95 millones de dólares, dividida de la siguiente manera: INDURA (45%), AGA (27%), Air liquide(13%), Proxair (10%).

Sin embargo el Tribunal estableció que dicho análisis no hacía distinción entre el mercado hospitalario y el industrial. El Tribunal también determinó que parte de la evidencia de la FNE consistía en ilustrar la gran diferencia en el precio cobrado a los hospitales en comparación a aquel que se hacía a clientes industriales, a pesar de tratarse de cantidades similares y, en muchos casos, de una ubicación parecida (Guzman, 2008). Al determinarse que el producto y el servicio a los hospitales tenían características diferentes al de los clientes industriales, terminaba desestimándose, por ende, la evidencia indiciaria propiciada por la FNE.

En un caso parecido en México, la falta de evidencia física incriminatoria no pudo permitir una continuación del proceso investigativo (BID y OECD, 2007). Aquí se puede evidenciar problemas incluso antes del proceso de análisis del mercado relevante, específicamente en la fase pre investigativa e investigativa del proceso, en donde por falta de experiencia las autoridades pierden la oportunidad de conseguir documentos físicos que demuestren o de realizar redadas eficaces para la obtención de evidencia que pueda resolver si existe una infracción o no.

#### **IV.II Fallas estructurales de mercado**

Un gran número de las economías analizadas en este estudio son portavoces de la estructura de mercado muy propias de los países latinoamericanos. Los modelos nacionalistas de restricción y/o sustitución de importaciones para favorecer el desarrollo de la empresa local, barreras de entradas a nuevos competidores, bajos niveles de productividad y eficiencia de la industria (UNCTAD, 2004), crean un escenario favorable para cualquier tipo de colusión de mercado. En algunos casos, este escenario incentiva a las grandes empresas a fusionarse con compañías de sectores lejanos de la vigilancia gubernamental, para provocar fallos judiciales a favor y permitirles obtener ganancias de forma ilícita como en la manipulación de compras públicas.

En los casos de oxígeno líquido, la reducida cantidad de empresas suministradoras del bien incitó a la formación de un mercado oligopólico en donde llegó a existir una manipulación de los precios ofertados, designaciones de mercado y otras estrategias excluyentes de mercado.

En Argentina por ejemplo, además de haberse encontrado un acuerdo sobre precio en las licitaciones, las condiciones de mercado permitieron incluso un impedimento al acceso de competidores a través de la restricción del avance de la nueva tecnología denominada PSA<sup>3</sup>, dado que la misma podría jaquear la capacidad de cobrar precios supra competitivos derivada del presunto acuerdo de no competir. Así mismo, en 2001 al adquirir AIR LIQUID a su Competencia MESSER, la empresa quita a un esporádico competidor efectivo que en algunas oportunidades habría ofertado a precios más bajos que los designados de forma colusoria (Defensoría del pueblo contra Praxair, Air Liquide y otros, 2005).

---

<sup>3</sup> Pressure Swing Adsorption: Adsorción por variación de presión.

El caso de Oxígeno Líquido, con empresas como Air Liquid, Praxair e Indura atentando diferentes jurisdicciones con las mismas prácticas restrictivas de mercado, nos da entender algo de forma clara: la colusión en compras públicas de forma internacional gracias a condiciones favorables que presenta el mercado latinoamericano. Es inminente la comunicación existente entre las empresas de la región en donde no se descarta la posibilidad de una posible cadena fraudulenta por parte de las empresas protagonistas de los casos en cada uno de los países expuesto. Por esta razón y como veremos a continuación, es tan importante la existencia de una cooperación internacional que pueda combatir estas prácticas que van más allá de las decisiones de los gobiernos a puerta cerrada

#### **IV.III Cooperación internacional para detección de casos similares en diferentes países de la región**

Para la detección de los casos expuestos se emplearon técnicas tradicionales de investigación en cada uno de los países en donde se presentó la presunta colusión de mercado. Es así como la queja por parte de los hospitales, algunos testigos que trabajan en los mismos, ciertos informantes de los sanatorios o del mismo sector económico entre otras, pudieron dar cuenta a las autoridades ante la situación que se vivía dentro de las licitaciones de oxígeno líquido. Sin embargo, en los casos de colusión de compras internacionales se debe incluir una técnica nueva y necesaria como lo es la cooperación internacional.

La cooperación entre las autoridades de competencia y control de mercados es crucial en la lucha contra los carteles internacionales e incluso para la resolución de casos nacionales. Al tener agencias comunicándose entre sí se puede descubrir una práctica colusoria desarrollada en el mercado interno y/o advertirse

entre agencias de posibles actividades sospechosas para poder iniciar un proceso de investigación de las mismas. En el caso de que se trate de una colusión internacional como la dada en el mercado latinoamericano de oxígeno líquido, es inminente una coordinación de investigación para evitar un riesgo de destrucción de evidencia que se puede encontrar en un territorio.

Algunas medidas en vigencia fueron tomadas por parte de las autoridades locales de competencia como consecuencia del aprendizaje del caso de oxígeno líquido. En Brasil por ejemplo, el CADE estableció convenios de colaboración en temas de competencia con Argentina, Chile y Perú (Consejo Administrativo de Defensa Económica, 2013). Estas medidas permiten la cooperación entre los organismos en forma de notificaciones, consultas, cooperación técnica, intercambio de información y reuniones periódicas para tratar temas cruciales y ayudar a una investigación en el país solicitante.

En este aspecto los países latinoamericanos aún tenemos mucho que aprender y pulir pues siguen presentándose problemas para la cooperación (OECD, 2007). Uno de los obstáculos en la implementación es la asimetría en los procedimientos de competencia económica en los países promotores del intercambio. En el caso de México por ejemplo, el procedimiento es administrativo. Pero en países como Estados Unidos el procedimiento es sólo judicial, lo cual dificulta la cooperación por el trato a la información que se le debe de dar en distintos ámbitos de aplicación de la Ley.

## **V. Conclusiones y Recomendaciones**

El derecho de la competencia es relativamente joven en los países latinoamericanos en comparación a países anglosajones y europeos donde la

práctica del control de la competencia ha demostrado resultados positivos a largo plazo. A pesar que la mayoría de estos países basan sus leyes antimonopolios en normas internacionales promovidas por la OECD, aún existe una brecha muy grande entre las teorías desarrolladas y el facultamiento de las autoridades para poner en práctica la legislación.

En América Latina existen condiciones de mercado favorables a la inversión extranjera que difícilmente se encuentran en continentes y que invitan a las empresas multinacionales a expandirse y tomar ventaja de las inexpertas economías en temas de competencia. Además, el nuevo factor internacional presentado en los casos expuestos en este estudio comprueba como la globalización está abriendo nuevos e ingeniosos caminos a prácticas anticompetitivas que restringen el mercado sin importar del sector que se trate. Es por esta razón que la lucha en contra de las conglomeraciones de empresas en las licitaciones públicas deber continuar al siguiente nivel internacional con la cooperación de los países de la región que han sufrido las consecuencias de la colusión en compras públicas.

Así mismo, se recomienda la realización de estudios más profundos sobre este tema en donde se analicen otros posibles factores que no abarca esta investigación y que estarían facilitando también la colusión de licitaciones públicas. De esta forma se podría implantar en la región posibles medidas preventivas y correctivas ante cualquier posible perturbación del mercado

## VI. Referencias Bibliográficas

BID y OECD. (2007). *Derecho y Política de la competencia en America Latina*. Recuperado el 15 de 01 de 2014, de <http://www.oecd.org/daf/competition/40282837.pdf>

Caso Requerimiento del Fiscal Nacional Económico en contra de Air Liquide Chile S.A. y otros, Sentencia N°43/2006 (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 7 de 09 de 2006).

Comisión Nacional de la Competencia de España. (2011). *Guía sobre la Contratación Pública y Competencia*. Recuperado el 02 de 02 de 2014, de [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:91D\\_EvYSYIkJ:www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx%3FEntryId%3D53021%26Command%3DCore\\_Download%26Method%3Dattachment+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-a](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:91D_EvYSYIkJ:www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx%3FEntryId%3D53021%26Command%3DCore_Download%26Method%3Dattachment+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=ec&client=firefox-a)

Comisión para la Defensa de la Competencia. (Julio de 2012). *Comisión para la Defensa de la Competencia*. Recuperado el 01 de 2014, de Licitaciones Colusorias: Teoría y Práctica: [http://www.cdpc.hn/Semana\\_cdpc\\_2012/6Licitaciones-CDPC-2012.pdf](http://www.cdpc.hn/Semana_cdpc_2012/6Licitaciones-CDPC-2012.pdf)

Consejo Administrativo de Defensa Económica. (2013). *Acuerdos Internacionales en Vigor*. Recuperado el 29 de 01 de 2014, de <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c667a976ba59db7ed660>

Defensoría del pueblo contra Praxair, Air Liquide y otros, Dictamen Ministerio de Economía y Producción N° 510 (Ministerio de Economía y Producción 08 de 07 de 2005).



Elhauge, E. R., & Geradin, D. (2007). *Global Antitrust Law and Economics*. United States: Foundation Press.

Europa Portal. (14 de 03 de 2011). *Summaries of Eu legislation* . Recuperado el 03 de 01 de 2014, de Application of Articles 101 and 102 TFEU (formerly Articles 81 and 82 of the EC Treaty): [http://europa.eu/legislation\\_summaries/competition/firms/126092\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/126092_en.htm)

Guzman, J. J. (2008). Colusión en Chile: El caso de Oxígeno y repercusiones posteriores. *Revista Derecho de la Competencia* , 61,70.

Hovenkamp, H. (2005). *The Antitrust Enterprise*. Harvard University Press , pág. 97.

INDECOPI. (20 de 08 de 2013). *Noticias INDECOPI*. Recuperado el 01 de 02 de 2014, de Tribunal del INDECOPI confirma sanción a las empresas Praxair, Aga y Messer: [http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT\\_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=661](http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=661)

Ley Organica Del Sistema Nacional De Contratación Pública, LOSNCP RO 395 (Instituto Nacional de Contratación Pública 22 de 07 de 2008).

Long, G. (01 de 07 de 2009). *Revista Business Chile*. Recuperado el 20 de 01 de 2014, de <http://www.businesschile.cl/es/noticia/farmaceutica/la-industria-farmaceutica-de-chile>

OECD. (09 de 2011). Recuperado el 15 de 01 de 2014, de Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement : <http://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>

OECD. (Septiembre de 2007). 5ta Reunión Anual del Foro Latinoamericano de Competencia . *Aumento de la Competencia Mediante la Reducción de Colusión en los Procedimientos de Licitación en Latinoamérica* . Puebla , Mexico .

OECD. (02 de 2009). *Cartels and anti-competitive agreements*. Recuperado el 2014 de 01 de 07, de Lineamientos para combatir la colusión de oferentes en licitaciones públicas:  
<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf>

OECD. (2011). *Combate a la colusión en los procedimientos de Compras Públicas en Mexico*. Recuperado el 20 de 01 de 2014, de Informe del Secretario sobre las Reglas y Prácticas de compras Públicas de IMSS:  
[http://www.oecd.org/mexico/IMSS%20Report\\_Spanish\\_FINAL.pdf](http://www.oecd.org/mexico/IMSS%20Report_Spanish_FINAL.pdf)

OECD Competition Division. (30 de 03 de 2011). *World Bank Group Investment Climate*. Recuperado el 20 de 01 de 2014, de Fighting collusion to optimize public procurement expenditure. The OECD's Experiences.:  
<https://www.wbginvestmentclimate.org/uploads/WB%20-%20Bid%20rigging%20Presentation.pdf>

OECD. (9 de 09 de 2010). *Derecho y Política de la Competencia en América Latina*. Recuperado el 29 de 01 de 2014, de <http://lalibrecompetencia.com/2010/09/09/brazilian-antitrust-agency-fines-gas-cartel-in-us-1-8-billion/>

OECD. (03 de 01 de 2002). *Glossary of Statistical Terms*. Recuperado el 10 de 01 de 2014, de <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3145>

OECD. (2010). *OECD Policy Round Tables*. Recuperado el 02 de 2014, de Collusion and Corruption in Public Procurement 2010: <http://www.oecd.org/competition/cartels/46235399.pdf>

Okatani, N. (1995). *Pacific Rim Law & Policy Journal*. Recuperado el 03 de 01 de 2014, de Regulations on Bid Rigging in Japan, The United States and Europe: <http://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/935/4PacRimLPolyJ249.pdf?sequence=1>

Superintendencia de Control del Poder de Mercado. (13 de 10 de 2011). *Ley Control de Poder de Mercado*. Recuperado el 11 de 02 de 2014, de <http://www.scpm.gob.ec/marco-legal/ley-control-de-poder-del-mercado/>

Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial. (28 de 03 de 2008). Recuperado el 15 de 01 de 2015, de [http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/uploads/pdf/fallos\\_sanciones/CasoOXIGENOMEDICO\\_\\_28marzo2008.09\\_02\\_2009\\_08\\_34\\_20\\_a.m..pdf](http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/uploads/pdf/fallos_sanciones/CasoOXIGENOMEDICO__28marzo2008.09_02_2009_08_34_20_a.m..pdf)

UNCTAD. (2004). *Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo*. Recuperado el 30 de 01 de 2014, de Fortalecimiento de instituciones y capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Casos de Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, Nicaragua y Perú: [http://www.unctad.org/sp/docs/ditccpl20043\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sp/docs/ditccpl20043_sp.pdf)

UNCTAD. (2004). *Manual para la formulación y aplicación de las leyes de competencia*. Ginebra: Naciones Unidas.

US Departement of Justice, Antitrust Division. (06 de 01 de 2014). *Antitrust Division Manual*. Recuperado el 10 de 01 de 2014, de Chapter II.

Statutory Provisions and Guidelines of the Antitrust Division:  
[//www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/divisionmanual/chapter2.pdf)

Washington State Office of the Attorney General. (10 de 02 de 2011).  
*Guía Introductoria Sobre Las Leyes Antimonopolistas*. Recuperado el 03 de 01 de  
2014, de <http://www.atg.wa.gov/antitrustguide/Espanol.aspx#3>